AASP
LEI ANTICRIME
PARECER DA COMISSÃO
Associação dos Advogados de São Paulo

SUMÁRIO

5 Apresentação

7 Breves notas sobre o parecer da comissão
Antônio Cláudio Mariz de Oliveira

9 Projeto exclusivamente punitivo
Leonardo Sica

11 Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância e para evitar a prescrição
Antonio Ruiz Filho

18 Embargos infringentes, organização criminosa e prescrição
Sérgio Rosenthal

20 Observações sobre inovações no instituto da legítima defesa trazidas pelo "Projeto Anticrime" do Ministério da Justiça
Oscar Vilhena Vieira

22 Medidas relacionadas à legítima defesa do Projeto de Lei Anticrime do Executivo Federal
Aloísio Lacerda Medeiros

24 Projeto de criminalização do caixa dois
Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo

27 Comentários sobre as medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri
Eduardo Reale Ferrari

30 Medidas para endurecer o cumprimento das penas
Renata Mariz de Oliveira

32 Medidas para introduzir soluções negociadas, videoconferência e gravação de advogados
Antonio Ruiz Filho

37 Escuta ambiental
Paula Lima Hyppolito dos Santos Oliveira

APRESENTAÇÃO

A ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (**AASP**), fundada há mais de 76 anos, atualmente contando com cerca de 80 mil associados – por associação voluntária –, ao longo de sua história vem prestando serviços essenciais e de alto padrão para o melhor desempenho da advocacia, reconhecidos nacionalmente, nesse tempo também se dedicando à defesa das prerrogativas profissionais dos advogados em geral (e não apenas de seus associados), ainda defendendo os postulados do Estado Democrático de Direito e o fiel cumprimento das leis e, especialmente, da Constituição Federal.

Não é sem razão que está entre as competências de seu Conselho Diretor "propor as providências cabíveis para melhor funcionamento da Justiça e exercício da advocacia" (art. 21, inciso II, do Estatuto Social da **AASP**).

Assim, ao tomar conhecimento do envio do "Projeto Anticrime" à Câmara Federal, originado do Ministério da Justiça e Segurança Pública, com propostas de profunda alteração da legislação penal ordinária e, portanto, de impacto imprevisível – haja vista a magnitude das mudanças e a ausência de estudos quanto a seus reflexos para a Justiça Criminal em todo o país –, o Conselho Diretor da **AASP** viu-se na contingência de elaborar manifestação para contribuir com o debate dos temas sensíveis e complexos abordados pela proposição de reforma legislativa.

A atuação da **AASP**, quanto ao projeto, também visa a suprir a falta de consulta à sociedade civil de que deveria ser precedida proposta legislativa de tal envergadura, especialmente no que se refere à advocacia, pois não se pode desprezar o tirocínio desses profissionais que, ao final de tudo, são aqueles que atuam em todas as fases do procedimento, desde o inquérito policial até os recursos aos tribunais superiores. Sua voz precisa ser ouvida e sopesadas as suas ponderações, em benefício da cidadania. Sendo assim, e pelo relevo do papel que exerce perante a advocacia, a **AASP** não poderia silenciar, omitindo-se desse debate fundamental para o aprimoramento das leis penais no Brasil.

Cumpre frisar que também está no rol de preocupações da **AASP** a expressiva criminalidade que assola e intranquiliza a sociedade, de sorte que suas notas sobre o projeto ministerial têm o firme propósito de prestar contribuição para aprimorar os instrumentos legais da área penal, porém, jamais cedendo, sob nenhum pretexto, ao que determinam a Lei e o Direito.

Para formular sua colaboração à discussão do projeto pela sociedade e pelo parlamento, a **AASP** incumbiu os advogados criminalistas que compõem o seu Colégio Consultivo de Ex-Presidentes de promover estudo sobre a proposta de alteração legal. São eles: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira (presidente da Comissão), Aloísio Lacerda Medeiros, Antonio Ruiz Filho, Sérgio Rosenthal e Leonardo Sica.

Também integraram a comissão os membros do atual Conselho Diretor que se dedicam à área penal da advocacia, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Renata Mariz de Oliveira e Paula Lima Hyppolito dos Santos Oliveira. A comissão especial ainda foi completada pelos eméritos professores Eduardo Reale Ferrari, criminalista e ex-conselheiro da **AASP**, e Oscar Vilhena Vieira, constitucionalista e diretor da Faculdade de Direito da FGV/SP.

Por encaminhamento do presidente Mariz de Oliveira, temas específicos foram distribuídos aos citados colaboradores, desenvolvidos e aprovados pela comissão, sendo o texto final referendado por decisão do Conselho Diretor da **AASP**.

Segue-se a colaboração ao debate, oferecida pela ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (**AASP**).

Breves notas sobre o parecer da comissão

Antônio Cláudio Mariz de Oliveira

Uma primeira observação se faz necessária. Embora se apregoe que o projeto tem por escopo combater a corrupção, trata-se, tal assertiva, de uma verdadeira falácia. Não se combate o crime, no sentido de evitá-lo, com a punição. Essa se dá após a sua ocorrência. É necessário que sejam removidas as causas do delito, pois aí sim ele estará sendo combatido. No entanto, no projeto, não existe nenhuma norma que preveja medida apta a evitar a prática da corrupção. Aliás, não se assiste a nenhum movimento tendente a analisar e a perquirir os fatores desencadeadores da criminalidade. Tem-se a impressão de que a ocorrência do delito é admissível desde que haja punição.

O projeto apresenta aspectos de discutível constitucionalidade. Como exemplo, ele impõe a obrigação da identificação do perfil genético mediante extração de DNA, quando do ingresso no sistema prisional. Um outro exemplo, este de inadequação legislativa, é a menção aos nomes de grupos criminosos, no dispositivo que altera o conceito de organização criminosa.

Uma omissão do projeto se refere ao sistema penitenciário, hoje caótico, com clara tendência ao agravamento. Os autores do projeto não emprestaram a mínima atenção à questão carcerária. Parece desconhecerem que o caótico sistema constitui um relevante fator criminógeno. Não se ocuparam de nenhum dos vários aspectos em que se desdobra a angustiante questão do cárcere, incluindo as medidas que favoreçam a reinserção social do encarcerado, bem como aquelas voltadas ao amparo e à ajuda ao egresso.

Uma das modificações que atingem frontalmente o direito de defesa se refere aos embargos infringentes. A sua incidência foi substancialmente reduzida. O recurso caberá apenas nas hipóteses nas quais o voto vencido absolver o acusado. Quaisquer outras divergências permanecerão irrecorríveis. Assim, à guisa de exemplo, não poderão ser opostos embargos caso o voto vencido tenha aplicado uma pena inferior àquela constante dos votos vencedores. A mesma impossibilidade se estende ao regime de cumprimento da pena e mesmo ao reconhecimento de uma nulidade processual.

O presente parecer enfrenta com profundidade a questão da execução da pena em segundo grau. A observação crucial e irrespondível diz respeito à natureza do inciso LVII, art. 5º, da Constituição Federal. Ao declarar a vigência da presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação, o constituinte instituiu uma cláusula pétrea. Mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu execução após o segundo grau, não havia, como não há, um sentido de obrigatoriedade na imposição da prisão. Trata-se de uma faculdade dos tribunais determinarem ou não o encarceramento. O projeto, no entanto, torna obrigatória a execução provisória da sentença (art. 617-A), embora preveja uma exceção: se houver questão constitucional relevante, que possa, com plausibilidade, levar à absolvição.

A comissão procedeu a um minucioso exame da matéria referente à prescrição. O projeto caminha na direção de considerar o vetusto e universal instituto um instrumento de impunidade. Esqueceu, no entanto, o seu escopo primordial: obrigar o Estado a exercer a *persecutio criminis* dentro de um prazo razoável. Em vez de serem removidas as causas da morosidade, se pretende diminuir sensivelmente a incidência do instituto. O parecer conclui pela necessidade de ser a sociedade esclarecida de que a prescrição é uma barreira aos excessos repressivos do Estado. Não é motivo de embaraço à punição, mas instrumento de defesa da dignidade pessoal, que não pode ficar subordinada aos percalços impostos pelos atrasos da prestação jurisdicional.

Alterações relevantes serão introduzidas pelo projeto no instituto da legítima defesa (arts. 23 e 25 do Código Penal), especialmente no que tange aos excessos nas condutas. Haverá riscos à segurança jurídica e à própria segurança pessoal com a mudança no parágrafo único do art. 25 do Código Penal, que passa a prever uma hipótese de legítima defesa com sujeito ativo próprio, que é o agente policial ou de segurança pública. Será ele considerado em estado de legítima defesa se, "em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado", vier a "prevenir" agressão injusta e iminente a si ou a terceiros. Qualquer manifestação popular poderá ser dissolvida à bala. Basta um policial entender haver risco de conflito e acionar a sua arma.

Ademais, na mesma situação legitimadora de agressão, estará aquele agente que "previne agressão ou risco de agressão" à vítima de sequestro, mantida como refém. Na hipótese, legitima-se a, por vezes desnecessária, ação agressiva, em substituição às negociações com o sequestrador, como porá em risco a vida do sequestrado.

O parecer demonstra a inconstitucionalidade das mudanças propostas, pois tornam o direito à vida menos protegido, alargando a possibilidade de impunidade das ações policiais violentas e letais.

No que tange à modificação prevista para o chamado "caixa dois eleitoral", houve manifestação favorável à nova descrição dada pelo art. 350-A do Código Eleitoral, considerada mais abrangente e capaz de tentar coibir os excessos de gastos praticados nas campanhas e não declarados. Tais excessos desequilibram o jogo eleitoral, em detrimento daqueles que obedecem às normas legais. O projeto estende a criminalização àqueles que doam, contribuem ou fornecem recursos, valores, bens ou serviços, nas condições descritas pelo *caput*, bem como aos candidatos e filiados a partidos coligados, caso tenham concorrido para a prática criminosa.

Na mesma linha adotada para o projeto como um todo, a "efetividade do Tribunal do Júri" é colocada como resultado de normas que dificultam sobremodo a defesa e agravam a situação do acusado. Imprimem efetividade ao Júri, na visão do ministro Moro, a retirada do efeito suspensivo do recurso da decisão de pronúncia e a prisão logo após a sessão de julgamento, na hipótese de condenação (arts. 421 e 492). Mais uma vez o projeto olvida o caráter garantista do Direito Penal e do Direito Processual Penal. O direito à liberdade, a preservação da dignidade e a possibilidade de uma decisão de improcedência da denúncia não são levados em conta. Tais modificações deverão ser recusadas pelo parlamento.

Para "endurecer o cumprimento das penas", um dos objetivos declarados do projeto, está proposto o regime fechado no início do cumprimento da reprimenda, para vários crimes ali mencionados. Ademais, a progressão do regime e as saídas temporárias foram sobremodo dificultadas e até proibidas em certas circunstâncias. A comissão mostrou a inconstitucionalidade dessas proibições e a inconveniência de sua adoção em relação à ressocialização do encarcerado.

A comissão, embora com algumas sugestões, aprovou a regulamentação da captação ambiental e de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, introduzida na Lei nº 12.850/2.013, por meio dos arts. 21-A, 21-B e parágrafos. No entanto, foi enfatizada a necessidade de fundamentação da decisão judicial autorizadora da captação. Embora a fundamentação de toda e qualquer decisão seja obrigação constitucional, a sua reiteração na legislação ordinária é medida adequada à segurança jurídica.

Em suma, a comissão concluiu que o projeto Moro é exclusivamente punitivo, pois despreza os fatores desencadeadores do crime e atenta contra o sistema penal brasileiro. Não tem ele por objetivo, também, garantir a obediência aos princípios constitucionais que regem a atividade penal do Estado. Dessa forma, procura-se coibir os excessos; aplicar a pena justa ao culpado e preservar a dignidade dos acusados. Em verdade, trata-se de um diploma que ignora por completo outras possibilidades penais, que não as da acusação e da culpa. Ignora uma outra realidade, que também se coloca no horizonte das decisões criminais: a da inocência, da absolvição como decorrência e da responsabilidade penal inferior àquela imputada pela denúncia.

Projeto exclusivamente punitivo

Leonardo Sica

O Projeto Anticrime deveria proporcionar uma discussão sobre estratégias de controle e prevenção da criminalidade, análise de experiências em contextos problemáticos distintos e avaliação de estudos das várias áreas do conhecimento que se dedicam ao tema. Sobre esse campo de observação, seria possível definir um plano brasileiro de política criminal.

Não é disso que tratamos aqui.

O projeto em debate limita-se a propostas de endurecimento da legislação penal: aumento de penas, redução de garantias, flexibilização do processo penal, etc. Em síntese, estamos diante de mais uma etapa da chamada "cruzada judiciária", movimento conhecido há décadas em outros países como *war on crime* e baseado numa crença: a repressão judiciária é o melhor meio para reduzir a sensação de insegurança da população, controlar a criminalidade e diminuir a violência.

Mais do que enfrentar crimes e a violência nas ruas, trata-se de uma estratégia de criação de novas formas de liderança política, legitimadas na exploração dos justificados anseios de uma população insegura. Mundo afora, instituições governamentais enfraquecidas, com iniciativas como esse projeto, se revigoram para "governar através do crime".[1]

Esse, portanto, o principal problema que entendo deva ser enfrentado. O Projeto Anticrime oferece medidas de um só sentido: endurecimento das leis penais.

Tais medidas foram testadas no Brasil desde a década de 1990, com resultados práticos bastante negativos.

O marco simbólico do recrudescimento das leis penais no país é a Lei dos Crimes Hediondos, de 1990.

Com a Lei nº 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, o Brasil inicia sua "guerra judiciária contra o crime". Diversas leis posteriores caminharam no mesmo sentido da Lei nº 8.072/1990, como a Lei nº 8.930/1994, que incluiu o homicídio qualificado e o praticado em atividade típica de grupo de extermínio; a Lei nº 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado), que proibiu a concessão de liberdade provisória, ampliou o prazo da prisão processual e vedou a possibilidade de se apelar em liberdade; a Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado e outras leis que foram ampliando o rol de crimes rotulados como "hediondos".

Esse conjunto de leis penais fundamentou-se no discurso repressivo, na imposição de penas mais graves e na maior criminalização de condutas.

Os objetivos dessa construção estão bastante claros na justificativa do projeto da Lei nº 8.072/1990: "o aumento da pena destina-se, como é óbvio, a desestimular os eventuais criminosos".

Nos discursos parlamentares favoráveis à aprovação da lei, analisados em pesquisa do Ilanud, podem ser identificados dois posicionamentos, repetidos agora com o Projeto Anticrime: um que prevê sua eficácia na redução da criminalidade por meio de seu caráter intimidatório e outro que trabalha com a necessidade da exasperação das penas e de maior rigor do Direito Penal como um fim em si mesmo.

O projeto original daquela primeira etapa da "guerra ao crime" era reduzir os crimes a partir de então rotulados como hediondos: estupro, atentado violento ao pudor, homicídio, sequestro, latrocínio e tráfico de drogas.

---

[1] SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. How the war on crime transformed american democracy and created a culture for fear. New York: Oxford, 2007.

Não houve redução daqueles crimes. Pelo contrário.

Os resultados de lá para cá são amplamente conhecidos: a criminalidade aumentou, a sensação geral de insegurança *idem* e, como efeito colateral grave – e ignorado pelo Pacote Anticrime –, a população prisional cresceu exponencialmente e, nesse ambiente, surgiram as facções criminosas que o atual projeto pretende debelar.

Em detida pesquisa[2] sobre os impactos do endurecimento penal promovido na década de 1990, concluiu-se que:

> *[...] padece a Lei de demonstração empírica quanto à sua efetiva influência na prevenção dos delitos etiquetados como hediondos. Entretanto, se do ponto de vista da prevenção é difícil atribuir à lei algum impacto, no que diz respeito ao Sistema Prisional parece evidente que o endurecimento da execução penal é uma das causas para o agravamento da superpopulação. Isto porque é aparente que o aumento na população carcerária se deu, no Brasil e em São Paulo, a partir dos anos 1990, período que coincide com a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, em suas duas edições. Vale dizer contudo que seria reducionista atribuir à Lei isoladamente o aumento das prisões, ou seja, da taxa de encarceramento e da densidade carcerária no sistema penitenciário brasileiro.*
>
> *Por fim, um breve mapeamento das tendências legislativas dos projetos de lei que estão na pauta do Congresso Nacional demonstra que predominam os projetos que objetivam ampliar a abrangência da Lei de Crimes Hediondos, incluindo na etiqueta novos tipos penais. Alguns dos projetos seguem a mesma racionalidade que orientou a edição da própria Lei n° 8.072/90: são reações imediatistas a episódios maciçamente explorados pelos meios de comunicação. [...].*

Em síntese, temos evidências abundantes de que:

(i) não há relação comprovada entre endurecimento de penas e do processo penal e diminuição da criminalidade e

(ii) há relação direta entre aumento de penas e crescimento da população carcerária, da violência e da criminalidade organizada.

---

[2] ILANUD. A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal. *Revista Ultima Ratio*, ano 1, n. 0, Leonardo Sica (Coord.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 3-74.

Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância e para evitar a prescrição

Antonio Ruiz Filho

[...] os três projetos de lei apresentados pelo ministro Moro não são propriamente um pacote de segurança pública. São medidas para ampliar a punição penal. Eventual aprovação pelo Congresso não terá o condão de promover um ambiente de menor criminalidade. Prevenção e punição são temas diversos – e é preocupante que o governo Bolsonaro seja incapaz de perceber essa profunda diferença. Além de gerar falsa expectativa na população, apresentar o pacote de aumento de punição como prioridade nacional é retardar a implementação das medidas aptas de fato a melhorar a segurança pública [...] (Editorial do jornal O Estado de S. Paulo, *23/2/2019).*

Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância

Mudanças no Código de Processo Penal:

Art. 617-A - Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.
§ 1º - O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.
§ 2º - Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada. (NR) [...]
Art. 637 - O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.
§ 1º - Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:
I - não tem propósito meramente protelatório; e
II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.
§ 2º - O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (NR)
Art. 638 - O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos. (NR) [...]
Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado. (NR) [...]
Art. 133 - Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público.
§ 1º - Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

§ 2º - O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial.
§ 3º - No caso de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária. (NR) [...]
Art. 122 - Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do art. 133. (NR) [...]

As alterações propostas para o Código de Processo Penal quanto à execução provisória da pena esbarram em mandamento constitucional erigido a "cláusula pétrea" (arts. 5º, inciso LVII, e 60, § 4º, inciso IV, da CF), cujo conteúdo, em razão de sua natureza imutável, não pode sofrer alteração nem mesmo por proposta de emenda à Constituição. Assim, pelo regramento em vigor, qualquer mudança relativa a esse direito fundamental, qual seja, o de perder a condição de inocência apenas com o trânsito em julgado da decisão condenatória, teria de emanar do Poder Constituinte Originário.

Para Rogério Lauria Tucci, "quiçá o mais importante dos corolários do *due process of law*, especificado ao processo penal – devido processo penal – é a denominada **presunção de inocência**, que, como antes acentuamos, corresponde, tecnicamente, à não consideração prévia da culpabilidade".[1]

E, continua, o saudoso mestre das Arcadas, referindo-se ao preceito constitucional:

[...] Consiste ele na asseguração, ao imputado, do ***direito de ser considerado*** *inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, a* ***coisa julgada de autoridade relativa****. [...]*

Como veementiza Antonio Magalhães Gomes Filho: "À luz da presunção de inocência não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do periculum libertatis" *[...].*[2]

Não obstante a posição consagrada pela melhor doutrina, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, de certo modo, flexibilizou a interpretação da garantia constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade quando decidiu: "a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial e extraordinário, ***não compromete*** **o princípio da presunção de inocência**" (HC nº 126.292-SP, Min. Teori Zavascki, 17/2/2016). E, posteriormente, atribuiu efeito vinculante a esse extravagante entendimento (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246-SP, Min. Teori Zavascki, 10/11/2016).

Note-se que não se trata de decisão coativa, no sentido de exigir a prisão imediata e em todos os casos: ao contrário, permite, faculta, oferece aos tribunais de apelação a prerrogativa e a competência para decidir pelo início da execução provisória da pena, obviamente, à luz das peculiaridades do caso concreto.

O fato de o STF facultar aos tribunais de apelação decidir pelo início do cumprimento da pena indica que, apesar de extremamente rigorosa, a decisão não o tornou compulsório, como, agora, quer o projeto de lei.

Posteriormente, nas ADCs nº 43 e nº 44, o órgão pleno do STF, pela diferença de um único voto, suspendeu liminarmente a vigência do art. 283 do CPP – que, expressamente, determina que a prisão pela

---

[1] In: *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 320.

[2] *Idem*, p. 321 e 325-326.

condenação deve ocorrer após o trânsito em julgado –, cujo mérito de constitucionalidade ainda se encontra pendente de julgamento.

Devido ao **caráter provisório** da condenação decorrente do julgamento da apelação, enquanto houver outros recursos a interpor ou a julgar, a prisão sempre estará vinculada à demonstração da necessidade de encarceramento diante do caso concreto, sendo imperioso que a sua decretação antecipada seja acompanhada de adequada fundamentação, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, da CF).

Aliás, antes do *leading case* em que se transformou o *Habeas Corpus* nº 84.078-7-MG, sob a relatoria do ministro Eros Grau, considerando a inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena", assim julgada em razão do princípio da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, da CF), não havia esse automatismo quanto à prisão do apelante condenado, nem o argumento de que isto seria razoável pelo suposto esgotamento da apreciação do *meritum causae*, já que restariam "unicamente" questões de direito a dirimir. As execuções provisórias da pena prestavam-se a descontar o período de prisão provisoriamente cumprido da pena definitiva, de sorte a permitir a detração penal.

No intervalo entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e fevereiro de 2009 (data da afirmação pelo STF da impossibilidade de prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado – HC nº 84.078-7-MG), a execução provisória da pena ainda estava imbricada com sua natureza cautelar e, portanto, vinculada ao cumprimento dos requisitos da prisão preventiva.

A sistemática da prisão no Brasil, segundo os critérios que emanam da Constituição Federal e das leis em vigor, atende a lógica meridiana: no curso do processo, prisão preventiva, satisfeitos os seus requisitos e decretada por decisão fundamentada; após a decisão condenatória tornar-se definitiva com o trânsito em julgado, prisão para execução da pena privativa de liberdade. O atual sistema, se operado com precisão e razoabilidade, atende às necessidades e, nesse ponto, não merece reparos.

Nada agrega à solução do impasse o fato de que, pelo vetusto art. 637 do Código de Processo Penal de 1941, o recurso extraordinário não teria efeito suspensivo, regra obviamente não recepcionada pela Constituição de 1988, exatamente em virtude do princípio da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, da CF).

Justifica-se a oposição à execução provisória da pena: como pode alguém ainda não considerado culpado (cujo conceito constitucional envolve o trânsito em julgado) ser submetido ao cumprimento de pena? E como restituir o tempo passado na prisão injustamente, nos casos em que a condenação seja revertida pelo julgamento dos recursos aos tribunais superiores?

Não é o mesmo caso da prisão preventiva, em que o encarceramento prematuro haverá de estar embasado por motivos atuais e concretos, a indicar a necessidade do aprisionamento para garantia social, do processo ou da efetividade da possível condenação. Veja-se que há racionalidade no sistema.

Assim, não procede o argumento *ad terrorem* de que, sem a execução provisória da pena, a sociedade ficaria à mercê do crime e que a correta aplicação desse modelo geraria impunidade. Para a proteção social, sempre que existirem motivos concretos para retirar o infrator do convívio social prematuramente, decrete-se prisão preventiva; depois do trânsito em julgado da condenação, prenda-se para o cumprimento da pena definitivamente aplicada.

Outros argumentos vêm sendo utilizados para amparar a necessidade de execução provisória da pena: muitos processos são extintos pelo advento da prescrição; a imposição da pena demora muito a chegar e, por isso, seria necessário antecipar seu cumprimento. Para dar cabo desses males, bradam os afoitos: **prisão após o julgamento da apelação**!

Pondere-se que, em vez de ceifar direitos e garantias fundamentais dos quais se serve a cidadania, é preciso encontrar mecanismos para tornar o processo mais dinâmico, ágil e eficaz.

Também há quem diga que a prisão para cumprimento da pena não pode ficar cambaleando de um lado para o outro de forma a provocar insegurança jurídica, mas o mesmo não se disse quando a nova orientação foi definida pela execução provisória depois de longo período em que não foi admitida.

O Direito Comparado também não socorre quem queira que a culpa seja antecipada ao trânsito em julgado, pois há que se obedecer às regras positivadas pelo nosso Direito, e nada além disso (art. 5º, inciso LVII, da CF, e art. 283 do CPP, que pode ser até considerado inconveniente por alguns, mas jamais inconstitucional).

Diante desse contexto, parece por tudo temerário que o Congresso Nacional aprove o texto proposto, e antes que a Suprema Corte dê sua palavra final sobre a matéria. A decisão a ser proferida quanto a esse tema poderá modular o exercício da faculdade jurisdicional antes outorgada, por exemplo, para exigir que todas as decisões sejam fundadas na demonstração da necessidade de antecipar a execução da pena para momento anterior ao trânsito em julgado ante as circunstâncias do caso concreto. Ou, até mesmo, apontar para a inconstitucionalidade de se executar a pena provisoriamente, de sorte a prejudicar a reforma legal que o projeto defende.

Caso a mudança proposta venha a ocorrer antes da decisão a ser adotada pelo STF, poderá estar fadada ao insucesso, o que, por si só, aconselha cautela ao legislador.

Considerando a hipótese de que a barreira da inconstitucionalidade seja vencida, desconsiderada a imutabilidade de que é revestido o princípio da não culpabilidade, vamos ao exame do texto legal proposto pelo assim autodenominado **Projeto Anticrime**.

O **art. 617-A do projeto** torna a execução provisória das penas privativas de liberdade **obrigatória** indiscriminadamente,[3] ainda incluindo as penas restritivas de direitos ou pecuniárias, assim subvertendo o conceito que emana do princípio constitucional da presunção de inocência, além de não respeitar o atual entendimento do STF sobre ser o cumprimento antecipado da pena facultativo.

O **§ 1º do dispositivo**, todavia, permite que o tribunal de apelação excepcione a prisão obrigatória, atribuindo-lhe avaliar que sua decisão possa ser "plausivelmente" revisada por tribunal superior.

Ora, mesmo que a competência para tal avaliação seja do desembargador que fará o juízo de prelibação dos recursos especial e extraordinário (o que o dispositivo proposto não prevê, permitindo intuir que essa decisão competirá ao relator da apelação), ainda assim a novidade parece ser inconveniente e, mais do que isso, de ocorrência improvável – o tribunal que decide pela condenação concluir que sua decisão poderá ser alterada e, por essa razão, dar efeito suspensivo aos recursos a partir daí interpostos. Será que o mesmo tribunal que condena haverá de considerar plausível que sua decisão seja revisada? A fórmula não convence e parece destinada a se tornar letra morta.

Ademais, afigura-se de todo aconselhável que, a ser aprovada essa modificação legal, exista previsão, já nessa fase, de atuação da defesa para requerer a aplicação do efeito suspensivo ao recurso, seja especial, extraordinário ou agravo, em razão das peculiaridades do caso concreto, antes do início da execução provisória da pena, sujeitando-se a decisão do tribunal à necessidade de fundamentação sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, da CF).

A **nova redação dada ao art. 637** estende a impossibilidade do efeito suspensivo ao recurso especial, ressalvada a hipótese do **art. 617-A, § 1º**, que permite a sua concessão, excepcionalmente.

---

[3] Contradiz o art. 1º do Projeto de Lei Anticrime, que promete "medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa", mas propõe mudanças legais que afetam a universalidade das causas penais.

O **§ 1º criado para o art. 637** estabelece outra exceção para concessão de efeito suspensivo, desta feita atribuída aos tribunais superiores, sem, contudo, normatizar o seu processamento. E, ainda, **impõe requisitos *cumulativos* de extrema subjetividade**, o que não se coaduna com regras de ordem processual em que a precisão da forma é exigível: (I) inexistir "**propósito protelatório**" (qualquer recurso poderá ser tachado de protelatório, sem que o recorrente tenha como reagir); (II) levantar uma questão de direito federal ou constitucional "***relevante***" e "***com repercussão geral***", **e que, ainda, *possa resultar* em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto**. Excluiu-se a possibilidade do efeito suspensivo quando o recurso pleitear mudança da condenação que ainda seja passível de regime fechado ou semiaberto, nesses casos sem qualquer exceção.

Por sua vez, o **§ 2º do art. 637** estabelece o procedimento para o condenado requerer o efeito suspensivo perante os tribunais superiores, quando, em virtude do início da execução provisória da pena, **já deverá estar preso pela decisão do tribunal a *quo***.

Altera-se o **art. 283 do Código de Processo Penal** para incluir "**ou exarada por órgão colegiado**", com o objetivo de agregar a execução provisória da pena às modalidades de prisão, novamente sobrepondo-se ao comando constitucional da presunção de inocência e antecipando-se à decisão do STF.

O art. 283 do CPP, cuja redação foi modificada pela Lei nº 12.403/2011, foi obra de comissão formada por ilustres processualistas da área penal, sob a presidência da eminente Ada Pellegrini Grinover, e integrada por uma plêiade de juristas, a saber: Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Sidney Beneti e Rui Stocco.

Entre os avanços, propostos pela laureada comissão, que modificaram o processo penal, figurou a regra que espelha na legislação federal codificada o preceito constitucional da não culpabilidade antes do trânsito em julgado, de tal modo a evitar a possibilidade de execução provisória da pena, precisamente o art. 283 do CPP, neste momento com sua vigência liminarmente cassada.

A alteração da atual sistemática, que atrela a culpabilidade ao trânsito em julgado da condenação (art. 5º, inciso LVII, da CF), demandaria projeto de emenda constitucional, mas que, fatalmente, esbarraria em dispositivo da própria Constituição Federal que impõe a sua imutabilidade (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).

Aqui cabe uma reflexão sobre o apoio da sociedade à assim conhecida "prisão em segunda instância", sob o falso entendimento de que não existiria possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado. Como se viu anteriormente, a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer tempo e fase do processo, sem necessidade de subverter o princípio da presunção de inocência, mas vinculando-a à apreciação dos requisitos que permitem a segregação cautelar como meio de proteção social, da efetividade do processo e da punição. Dito isso, toda essa "nova" disciplina criada sob a falaciosa ideia de evitar impunidade perde a razão de ser, sucumbe ao óbvio e ao que sempre existiu em termos de cautela processual para salvaguardar a sociedade em relação aos infratores da lei penal.

Por fim, modifica-se o **art. 133 da lei processual** para permitir absurda e absolutamente desnecessária alienação de bens sob condenação provisória, o que atrita até mesmo com o direito de propriedade, que também é garantido pela Carta Magna (art. 5º, inciso XXII, da CF).

Mudanças no Código Penal:

Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de iniciada a execução definitiva ou provisória da condenação. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz da execução penal pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. [...] (NR)

Art. 51 - A multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (NR)

Mudanças na Lei de Execução Penal:

Art. 105 - Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. (NR) [...]
Art. 147 - Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (NR) [...]
Art. 164 - Extraída certidão da condenação em segunda instância ou com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. (NR)

As mudanças propostas ao Código Penal e à Lei de Execução Penal não parecem ter relevância isoladamente, devendo ser modificadas apenas se aprovadas as novas regras do projeto para o processo penal, de forma a obrigar que haja execução provisória da pena indiscriminadamente.

Medidas para evitar a prescrição

Mudanças no Código Penal:

Art. 116 - [...]
II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro; e
III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, estes quando inadmissíveis. [...] (NR)
Art. 117 - [...]
IV - pela publicação da sentença ou do acórdão recorríveis;
V - pelo início ou continuação da execução provisória ou definitiva da pena;
VI - pela reincidência. [...] (NR)

A prescrição como impedimento ao direito de punir do Estado está sob ataque, e não é de agora. A mídia, de forma generalizada, o Ministério Público, por muitos de seus integrantes, além de parcela da magistratura, transmitem à sociedade a noção de que a ocorrência da prescrição seria uma forma abjeta de se garantir impunidade, com a ideia subjacente de que isso atenderia inclusive aos interesses dos advogados, e em especial dos criminalistas. Puro diversionismo...

Todos sabemos que as disfunções do sistema não residem na necessária existência de prazos prescricionais para o regular exercício do poder de punir estatal (já mitigados pela Lei nº 12.234/2010, que excluiu a prescrição retroativa do Código Penal) – suficientemente longos, não fora a ineficiência do aparato judiciário para realizar julgamento em tempo adequado –, e, sim, naquela que, induvidosamente, é a maior mazela da nossa Justiça, a **morosidade**.

Curiosamente, entre nós, criou-se a deturpada concepção de que, para resolver o problema da morosidade, há de se extirpar do Direito Penal ou reduzir, substancialmente, a possibilidade de prescrição das penas, e, consequentemente, da limitação temporal do direito de punir, em vez de buscar alternativas que tornem o processo mais ágil e, portanto, mais eficaz.

O projeto, a par de propor hipóteses de Justiça negocial para evitar ações penais demoradas, é silente em relação a mudanças que possam acelerar o processo, como acabar com o parecer do Ministério Público na condição de *custos legis* nos casos em que ocupe o polo ativo da ação penal, na condição de parte.

Assim, o projeto transita na contramão da solução do problema da excessiva morosidade da nossa Justiça, nada propondo que venha a dinamizar o processo senão com o sacrifício do direito de defesa, para que a prestação jurisdicional possa ocorrer em tempo adequado, como impõe o art. 5º, inciso LXXVII, da CF, que preconiza "a razoável duração do processo". Nada justifica permitir-se que a ação penal possa durar indefinidamente, enquanto o condenado é mantido provisoriamente preso, segundo os critérios que o projeto visa a assegurar.

Essas duas mudanças propostas – execução provisória da pena após o julgamento da apelação e fim do prazo prescricional para o julgamento de recursos aos tribunais superiores – criam a insólita situação de haver prisão provisória sem prazo algum que a possa limitar. Não é difícil prever que, a prevalecer a ideia, sempre haverá o cumprimento da pena provisória antes que sejam julgados os recursos pendentes nos tribunais superiores. E, nos casos em que houver anulação da condenação, ficará o dito pelo não dito... Às favas com o direito dos inocentes.

Para dar consequência a esse falso discurso de que o instituto da prescrição seria um mal em si mesmo, e não uma garantia de que o poder persecutório não poderá estender-se indefinidamente (sempre recordando que o acusado pode ser inocente), a nova redação sugerida pelo projeto ao **art. 116** inventa uma nova causa impeditiva para a ocorrência da prescrição: "**III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, estes *quando inadmissíveis***".

Dessa forma, não apenas os embargos declaratórios, mas também, e principalmente, os recursos aos tribunais superiores, em algum momento processual considerados "inadmissíveis", não mais estariam sujeitos a prazo algum de julgamento, podendo durar o tempo que as autoridades judiciárias se permitirem, enquanto o condenado vai cumprindo sua pena "**provisoriamente**"...

Mas não é só. A nova redação proposta ao **inciso IV do art. 117** exclui a palavra "**condenatório**", de maneira **a que a sentença absolutória ou o acórdão absolutório sejam considerados marcos interruptivos da prescrição**, outro inominável absurdo.

Por fim, o mesmo dispositivo ainda **acrescenta o início ou continuação da *execução provisória* da pena como marco interruptivo da prescrição**, tudo para aumentar ainda mais o poder persecutório estatal, e nada para fazer com que o processo seja mais célere sem subtrair direitos da defesa.

Apreciação jornalística sobre o tema foi precisa e merece transcrição:

> *[...] A prescrição, por exemplo, ao fixar prazos para a persecução penal, é um poderoso estímulo para a eficiência e segurança do sistema de justiça. No entanto, o projeto de lei amplia os casos em que a prescrição não ocorre, fazendo com que o Ministério Público e Poder Judiciário possam ser menos diligentes em suas tarefas. Eventuais atrasos terão menos consequências jurídicas [...] (Editorial do jornal* O Estado de S. Paulo*, 23/2/2019).*

Será necessário explicar à sociedade brasileira que a prescrição é uma garantia contra o aparato repressor do Estado e, por ser uma garantia, deve ser prestigiada, em benefício da cidadania, e não demonizada como algo que possa afetar o combate à criminalidade, que todos nós almejamos seja efetivo.

Embargos infringentes, organização criminosa e prescrição

Sérgio Rosenthal

Inicialmente, é necessário consignar que as sugestões de reforma da legislação penal e processual penal apresentadas recentemente pelo ex-juiz federal e, por ora, ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Fernando Moro, sob o *slogan* "Pacote Anticrime", não representam, de modo algum, a solução do problema da criminalidade que tanto aflige a população brasileira.

Com efeito, não há no referido projeto de lei qualquer medida capaz de **evitar a prática de crime**, soando assim falaciosa, com todo o respeito, a atmosfera criada em torno do mesmo com a indisfarçável intenção de convencer o público leigo de que as alterações legislativas propostas constituiriam uma resposta eficaz do governo ao avanço da criminalidade.

Nesse sentido, conquanto contemple sugestões que eventualmente poderão contribuir para o aperfeiçoamento da legislação atualmente em vigor, o "pacote" apresentado, em alguns aspectos, representa verdadeiro retrocesso no campo dos direitos e garantias individuais e, em vários outros, mais se assemelha a uma campanha de marketing.

Bons exemplos disso são a pretensão de tornar obrigatória a submissão de condenados por crimes dolosos à identificação do perfil genético mediante extração de DNA quando do ingresso no sistema prisional (o que claramente viola a Constituição Federal) e a menção, totalmente desnecessária, a nomes de grupos criminosos (como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, etc.), no artigo em que se propõe alterar o conceito de organização criminosa.

É lamentável, ainda, que tais propostas não tenham sido levadas a prévio debate perante especialistas em segurança pública e operadores do Direito, especialmente entidades representativas da advocacia, antes de serem encaminhadas ao Congresso Nacional, assim como é estarrecedor o entendimento de alguns apoiadores do projeto, de que aqueles que ousam criticar as medidas sugeridas são a favor do crime, contra o governo e contra "os cidadãos de bem", sendo imprescindível que todos os temas abordados sejam devidamente escrutinados e amplamente debatidos.

Por fim, é importante registrar que não houve por parte do governo qualquer preocupação com a ressocialização do preso, talvez o maior fator de incremento da criminalidade no país, uma vez que, como se sabe, ao egresso do sistema penitenciário brasileiro (verdadeira escola do crime, dominada por facções) não é oferecida qualquer oportunidade de reabilitação social.

Feitos esses breves comentários, passa-se à análise específica de uma das alterações propostas no projeto, denominada **medida para alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes:**

Mudança no Código de Processo Penal:

Art. 609 - [...]
§ 1º - Quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de dez dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613.
§ 2º - Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência e suspendem a execução da condenação criminal.

Como se verifica do acima transcrito, por meio desta medida se busca restringir o alcance dos embargos infringentes (atualmente cabíveis contra qualquer decisão não unânime, desfavorável ao réu, emanada em segunda instância) à exclusiva hipótese de haver voto vencido pela absolvição, eliminando-se assim a possibilidade de reexame nos casos em que a divergência se centrar em outras questões, como a redução da

pena aplicada, a alteração do regime de cumprimento ou qualquer questão de direito que possa até mesmo levar à anulação do processo.

Trata-se, a nosso ver, de alteração totalmente injustificável, uma vez que visa à limitação de importantíssimo recurso criado para garantir que a resposta estatal, em caso de divergência de entendimento entre os julgadores em segunda instância, seja a mais justa e acertada possível.

Veja-se o seguinte exemplo:

Ao proferir sentença condenatória, o magistrado de primeiro grau aplica ao acusado uma pena de quatro anos de reclusão, em regime aberto.

Ao julgar recurso de apelação apresentado pelo Ministério Público, o Tribunal, por dois votos a um, aumenta a pena para oito anos de reclusão e fixa o regime fechado para o seu cumprimento.

O voto vencido em segunda instância é no sentido de se manter a pena como aplicada em primeiro grau (quatro anos de reclusão, em regime aberto).

Nessa hipótese, consideradas as duas instâncias, haveria dois julgadores decidindo em um sentido e dois julgadores decidindo em outro (muito mais favorável ao acusado).

Não parece apropriado, diante disso, permitir que o processo seja mais bem examinado, especialmente quando se pretende tornar regra a prisão do acusado após o julgamento em segunda instância?

Mas, ainda que assim não fosse, não parece justo que a decisão exarada em segundo grau possa ser reanalisada quando um dos julgadores entende que a solução adotada pelos outros dois não é correta, ainda que não se trate de hipótese de absolvição?

Não é salutar que, nessas circunstâncias, a lei permita o reexame da questão e a busca da decisão mais justa?

Qual o sentido de se suprimir um meio de defesa conferido ao cidadão brasileiro desde a promulgação do Código de Processo Penal, em 1941, e que com razoável frequência acarreta a alteração da decisão anteriormente adotada?

De que forma impossibilitar o reexame de decisão que determina o imediato encarceramento de um cidadão, contra o expresso entendimento de um de seus três julgadores, pode contribuir para o combate à criminalidade?

Diante do exposto, não nos parece razoável que se proceda à alteração pretendida.

Observações sobre inovações no instituto da legítima defesa trazidas pelo Projeto Anticrime do Ministério da Justiça

Oscar Vilhena Vieira

Entre inúmeras medidas voltadas à reforma da legislação penal e processual penal, o Projeto Anticrime do Ministério da Justiça propõe alterações nos arts. 23 e 25 do Código Penal que desvirtuam o instituto da legítima defesa, em particular no que se refere ao excesso de condutas em legítima defesa. Caso aprovadas pelo Congresso Nacional, essas alterações contribuirão para ampliar a impunidade de agentes de segurança, mas não só, que fazem emprego arbitrário ou excessivo da força letal. Ao fragilizar a proteção ao direito à vida, devem ser consideradas inconstitucionais e contrárias as obrigações internacionais contraídas pelo Estado brasileiro nas últimas décadas.

De acordo com o referido anteprojeto, seriam acrescentados aos arts. 23 e 25 do Código Penal os seguintes parágrafos e incisos, respectivamente:

Art. 23 - [...]

§ 1º - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 2º - O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. (NR) [...]

Art. 25 - [...]

Parágrafo único - Observados os requisitos do caput*, considera-se em legítima defesa:*

I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (NR)

Excludente de punibilidade. As alterações no art. 25, ao criarem uma hipótese de legítima defesa com sujeito ativo próprio – "agente de segurança pública" – estranha ao regime brasileiro de legítima defesa, favorecerá interpretações voltadas a ampliar a impunidade de maus policiais e demais agentes de segurança. Necessário lembrar que a polícia brasileira, em especial a polícia militar, é considerada a mais letal dentro do universo democrático. Apenas no ano passado, foram mais de 5 mil mortos em confrontos com policiais. Apenas no Estado do Rio de Janeiro, 1.532 pessoas foram mortas em confronto com a polícia, o que significa 9 mortes por 100.000 habitantes, o que, proporcionalmente, é mais do que o número geral de homicídios ocorridos no Estado de São Paulo no mesmo período: (7 homicídios por 100.000 habitantes). Apenas para que se tenha um dado comparativo, o Estado do Novo México, que tem o maior índice de mortos em confrontos policiais dos Estados Unidos, que por sua vez é o país desenvolvido com as maiores taxas de violência policial, tem uma média de 0,51 morto pela polícia por grupo de 100.000 habitantes entre 2005 e 2012.[1]

A alta letalidade em confrontos com a polícia gera inúmeros problemas. O primeiro deles são as graves violações de direitos humanos, que colocam o Estado brasileiro em direto descumprimento das obrigações internacionais a que o Brasil se submeteu nas últimas décadas, em especial o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Mais do que isso, a sistemática violação do direito à vida pelas polícias pode ser considerada um verdadeiro "estado inconstitucional de coisas"; como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal no que se refere ao sistema penitenciário.

Além da questão propriamente jurídica, uma polícia violenta tende a ser mais ineficaz do que aquela que tem a confiança da população. Como demonstram reiteradas pesquisas no campo da segurança pública, a confiança da população na sua polícia é um ingrediente essencial para que essa mesma população colabore

---

[1] Dados para o Brasil: http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br; para os Estados Unidos: https://ncbi.nih.gov/pmc/articles/PMC4985110/.

com a polícia, favorecendo o desvendamento de crimes e, sobretudo, a prevenção do delito. Por outro lado, policiais violentos normalmente também praticam outros tipos de delitos, como a corrupção e o envolvimento com grupos criminosos organizados, como milícias, contraventores e mesmo traficantes de armas, pessoas e drogas. Raras as chacinas no Brasil, nas últimas décadas, que não tenham contado com a participação de policiais ou ex-policiais.

Por fim, a violência policial também favorece, ainda que indiretamente, a vitimização da própria polícia. A percepção por parte de suspeitos ou criminosos de que não serão poupados, mesmo que não resistam à prisão, gera uma atitude cada vez mais violenta contra a polícia, aumentando lamentavelmente o número de policiais mortos. Importante destacar, no entanto, a maior parte dos policiais mortos hoje no Brasil não se encontra em serviço, o que aponta para um outro problema, que são as difíceis condições de trabalho e baixa remuneração.

Em resumo, as propostas de alteração do instituto de legítima defesa apenas contribuirão para ampliar a impunidade daqueles que fazem uso excessivo e arbitrário da força letal, contribuindo para intensificar a insegurança da sociedade e dos policiais, além de aumentar o risco de violação do direito à vida daqueles que se encontrem em condição de suspeito.

Do excesso. Já em relação ao excesso doloso ou culposo, a proposta de alteração legal, que confere ao juiz o poder de deixar de aplicar a pena, quando entender que houve a ocorrência de "escusável medo, surpresa ou violenta emoção", permite que a conduta desproporcional ou excessiva fique, de fato, sem punição. De acordo com a redação proposta, um policial, um segurança privado, ou mesmo uma pessoa comum, agindo em legítima defesa, mas tomada por forte emoção, medo ou surpresa, poderá simplesmente ficar sem punição, ainda que tenha agido de maneira desproporcional e excessiva. É importante relembrar que os conceitos de forte emoção, medo ou surpresa já se encontram implícitos na conduta excessiva de quem age em legítima defesa. Com a nova redação do excesso criou-se, no entanto, de direito e de fato, mais uma nova hipótese de excludente de punibilidade. Aprovada essa mudança na legislação, a eficácia do direito penal, tanto em relação aos chamados crimes passionais (que envolvem predominantemente morte de mulheres) como pelos chamados crimes provocados por motivos fúteis (em que se invoque legítima defesa), também ficará reduzida.

Dessa forma, as mudanças propostas devem ser consideradas inconstitucionais porque fragilizam a proteção ao direito à vida (de civis e policiais). Também devem ser repudiadas porque terão um impacto negativo e perverso sobre a confiança da população nas agências de segurança e, consequentemente, na efetividade das políticas públicas de segurança. Não será bom para a sociedade ou para a polícia. Não há polícia eficiente no mundo democrático que não seja rigorosamente submetida aos imperativos do Estado de Direito. As alterações propostas, ao flexibilizarem os limites do emprego da força letal, em nada contribuem para a construção de uma sociedade mais pacífica.

Medidas relacionadas à legítima defesa do Projeto de Lei Anticrime do Executivo Federal

Aloísio Lacerda Medeiros

O projeto de lei denominado anticrime do agora ministro da Justiça Sergio Moro, cujas pretensões, segundo alardeado pelo próprio ministro, são de combater a corrupção, o crime organizado e melhorar a qualidade de vida dos brasileiros desejosos de "viver em um país mais seguro", almeja, a bem da verdade, modificar uma série de dispositivos legais das mais variadas naturezas, além de criar novos parâmetros para institutos deveras pacificados no Direito Penal brasileiro.

Dentre esses, e talvez uma das proposições que mais causem perplexidade na comunidade jurídica, é a intenção de ampliar o instituto da legítima defesa, uma das causas de exclusão da antijuridicidade previstas no art. 23 do Estatuto Repressivo, que assegura que todo cidadão, usando moderadamente dos meios necessários, afaste injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Trata-se de excludente da ilicitude a ser aplicada a qualquer indivíduo que seja alvo de injusta agressão praticada contra si, ou contra terceiro, garantindo-lhe que, desde que aja com proporcionalidade, não irá incorrer em crime ao afastar a violência a que não deu causa.

No entanto, a proposta legislativa pretende perigosamente ampliar o alcance da legítima defesa, criando uma excêntrica "legítima defesa própria", ao dispor no § 2º que "o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção". Nesse ponto, não resta dúvida de que a extravagância da proposição – que fez parte da plataforma eleitoral do presidente da República e que seu ministro pretende agora transformar em lei – não tem outra finalidade que não a de proteger ou isentar previamente agentes da autoridade que, alterados pelos referidos estados psíquicos, cometam excessos e desatinos no desempenho de suas missões.

Não é difícil imaginar que, caso o parlamento brasileiro venha a encampar essa temerária ampliação da legítima defesa, nas situações em que o agente alegue ter agido por medo, surpresa ou violenta emoção, o delito tenderá a ser mitigado, dando margem à impunidade.

Não se deve olvidar, ademais, que a atividade policial, nas situações em que o agente se vale "moderadamente dos meios necessários" para repelir "injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem", já se encontra albergada pela legítima defesa tal qual descrita no art. 25 da parte geral do nosso Estatuto Repressivo. Ninguém discute a hipótese contrária. Daí os questionamentos que naturalmente surgem diante da proposta de se acrescentar um parágrafo único a esse artigo, *in verbis*:

> *Parágrafo único - Observados os requisitos do* caput*, considera-se em legítima defesa:*
> *I - o agente policial ou de segurança pública que, **em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado**, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e*
> *II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.*

A pretendida inclusão do parágrafo único nos termos em que se encontra vazado não tem outra finalidade que não a de alçar o "agente policial ou de segurança pública" a condição especial quando em situação de legítima defesa, permitindo-lhe, num exercício premonitório, se isentar do cometimento de crime quando da presença do subjetivo risco iminente de conflito armado.

Ademais, a utilização de expressão extremamente vaga como estar "em risco iminente de conflito armado" só contribui para tornar a proposição ainda mais subjetiva e insegura, que não encontra lugar e não pode prosperar na legislação penal.

Não é desconhecido de todos nós que a polícia brasileira figura entre uma das mais letais do mundo. A iniciativa de ampliar a legítima defesa na atividade policial, além de relevar o triste e grave dado estatístico, não ataca a raiz do problema da violência, apenas abre caminho para que aqueles a quem compete aplicar o monopólio do uso legítimo da força atuem com a certeza de que seus atos serão sopesados com benevolência pela justiça criminal. Pretende a mudança legislativa manter o mais distante possível a severidade do Direito Penal daqueles que, pela natureza de seu ofício, são exatamente os mais preparados para lidar com a violência no dia a dia. Não deveria ser o contrário?

Até onde a vista alcança, essa alteração do Projeto Anticrime envolvendo a legítima defesa praticada por agente policial ou de segurança pública, caso aprovada pelas duas casas do Congresso Nacional, representará, sem dúvida, uma permissão do ordenamento penal para que o policial, quando em situações de confronto armado ou mesmo diante do tal "risco iminente de conflito armado", aja para matar, pois antecipadamente lhe estará assegurado um *bill* de indenidade.

A sugestão legislativa considera em legítima defesa também o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou **risco de agressão** à vítima refém durante a prática de crimes.

Mais uma vez abre-se espaço para que o policial mate o criminoso sob a justificativa de "risco de agressão à vítima", o que sempre lhe permitirá invocar ter agido sob uma situação genuína de legítima defesa.

Além disso, o projeto pretende acrescentar a hipótese de isenção de pena para os excessos empregados na legítima defesa quando decorrentes de "medo, surpresa ou violenta emoção". Há quem possa afirmar que o policial na sua atividade diuturna não sinta medo? Sentimentos personalíssimos como medo e surpresa devem justificar os excessos? Não é difícil imaginar a insegurança jurídica e a dificuldade de compreensão e aplicação dessas aberrantes proposições legislativas pelos operadores do Direito em geral.

Essa almejada modificação no artigo que trata da legítima defesa pretende enxertar na legislação penal uma espécie de licença para matar à brasileira. E o que é pior, sem que com isso se diminua o risco a que os policiais estão expostos nas suas atividades cotidianas.

Se, por um lado, a medida vai ao encontro do que sempre defendeu o presidente Jair Bolsonaro em campanha, por outro, peca pela falta de técnica legislativa, dá margem a e incentiva uma escalada do arbítrio policial – e da violência de modo geral por consequência – e põe em risco ainda maior a população pobre que vive em áreas onde os conflitos armados entre policiais e bandidos lamentavelmente fazem parte do cotidiano.

Pelas razões acima expostas, concluímos que as alterações do Projeto Anticrime no que diz respeito à legítima defesa devem ser veementemente repudiadas, posto constituírem um retrocesso fenomenal no processo civilizatório, além de representarem um incentivo do Estado para a prática de desmandos e arbitrariedades no desempenho da atividade policial.

Projeto de criminalização do caixa dois

Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo

O governo federal enviou ao Congresso Nacional o denominado Pacote Anticrime e Anticorrupção. No entanto, sob o argumento de facilitar a aprovação, a proposta de criminalização do caixa dois eleitoral foi separada do conjunto de alterações legislativas proposto pelo Ministério da Justiça.

É sabido que as campanhas eleitorais custam fortunas aos candidatos e partidos políticos, sendo certo que os valores arrecadados e gastos que são apresentados à Justiça Eleitoral estão, na maioria das vezes, bem distantes da realidade.

Neste cenário surge o denominado "caixa dois", uma captação de recursos e realização de despesas não contabilizadas oficialmente.

Esta contabilização paralela, além de ilegal e imoral, causa uma desigualdade na disputa eleitoral, gerando desequilíbrio e maculando a legitimidade das eleições, na medida em que uma captação de recursos à margem da legislação permite um gasto também mais elevado e irregular que pode influenciar sobremaneira a disputa e o resultado dos pleitos.

A legislação atual não prevê um fato típico que defina exatamente o caixa dois eleitoral. Há o art. 350 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), que disciplina a falsidade ideológica (prestação de declaração falsa), nos seguintes termos:

> *Art. 350 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais.*
> *Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.*
> *Parágrafo único - Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.*

De acordo com a atual legislação, considerando a pena mínima de um ano, é possível a aplicação do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo, estabelecido no art. 89 da Lei nº 9.099/1995. Assim sendo, o Ministério Público deverá formular proposta de suspensão condicional do processo ao acusado, que, preenchidos os requisitos legais, não será processado e deverá cumprir as condições estabelecidas pelo magistrado para suspender o curso da ação penal, o que, na prática, apresenta-se como uma resposta penal insatisfatória para uma conduta que pode distorcer o resultado de uma eleição, vulnerando o processo democrático.

Ademais, não havendo processo e uma possível condenação, o acusado mantém a sua primariedade e acaba por não incidir nos óbices da Lei da Ficha Limpa em caso de futura candidatura.

A proposta apresentada pelo governo inclui o art. 350-A no Código Eleitoral, que teria a seguinte redação:

> *Art. 350-A - Arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso, valor, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral.*
> *Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.*
> *§ 1º - Incorre nas mesmas penas quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias estabelecidas no* caput.
> *§ 2º - Incorrem nas mesmas penas os candidatos e os integrantes dos órgãos dos partidos políticos e das coligações quando concorrerem, de qualquer modo, para a prática criminosa.*
> *§ 3º - A pena será aumentada em 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), no caso de algum agente público concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa.*

O projeto apresentado torna claro e estreme de dúvida a conduta do candidato que recebe recursos não contabilizados, também atinge os doadores de valores à margem da prestação de contas oficial e, ainda, engloba os integrantes dos partidos e das coligações quando, em coautoria delitiva, concorrerem para infração penal.

A pena sugerida é de dois a cinco anos de reclusão, com a ressalva de que "se o fato não atinge crime mais grave".

Trata-se de um crime autônomo em que não se exige perquirir a origem do dinheiro que está sendo doado e recebido pelo candidato. A origem ilícita dos recursos poderá caracterizar outros delitos. A doação e o recebimento de valor não contabilizado por si sós caracterizariam a infração penal.

A existência de uma contabilidade paralela, alheia aos controles da Justiça Eleitoral, acaba por constituir um fator de desequilíbrio nas disputas eletivas: a influência indevida do aspecto financeiro é, via de regra, causadora de ilícitos eleitorais como o abuso de poder econômico, a captação ilícita de sufrágio e a compra de votos, os quais são altamente capazes de viciar a expressão da vontade popular manifestada nas urnas eletrônicas. O professor e agora deputado federal Luiz Flávio Gomes afirma, por exemplo, que o abuso do poder econômico seria uma das formas de "compra" do mandato do parlamentar, viciando a própria democracia.

A partir da operação Lava Jato, muito se tem discutido que a doação eleitoral através de caixa dois se subsumiria ao tipo penal da corrupção.

Não declarar doações eleitorais, por si só, não caracteriza corrupção, como já afirmou o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes: "corrupção pressupõe ato de ofício [ação de agente público], então alguém pode fazer a doação [por caixa dois] sem ser corrupção".

Outros sustentam que a doação não oficial caracterizaria crime de corrupção, na medida em que o doador, ao agraciar o seu candidato às escuras, almeja uma contrapartida do agente político.

A corrupção passiva é o crime praticado por detentor de mandato eletivo ou por servidor público (de livre nomeação ou concursado) que recebe uma vantagem ilegal, como dinheiro ou outro tipo de benefício, para atuar (ou deixar de atuar) em favor de um interesse privado, ou seja, existe uma contrapartida ao valor recebido. Estabelece o Código Penal o crime de corrupção passiva nos seguintes termos:

> *Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:*
> *Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12/11/2003)*
> *§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.*
> *§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.*

O que caracteriza a corrupção é o recebimento (ou a mera solicitação) da vantagem com a contrapartida da atuação para favorecer o pagador da propina. Por isso, se essa vantagem ilícita é paga por meio de doações eleitorais feitas no caixa dois, o corrupto poderia, em tese, estar cometendo os dois crimes de uma só vez.

A conduta de manter uma contabilidade paralela no âmbito de um partido político pode, dependendo do caso concreto, constituir um ato preparatório ou o exaurimento de um ato de corrupção, mas, por si só, não realiza os tipos penais da corrupção passiva e da corrupção ativa.

A corrupção constitui-se por um pacto ilícito envolvendo o oferecimento ou a solicitação de uma vantagem indevida a um funcionário público, em razão do exercício de suas funções típicas (corrupção passiva) ou para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (corrupção ativa).

Com efeito, a prática de caixa dois pode ser caracterizada, a critério do julgador, de forma isolada, mas também pode ser acompanhada pelo crime de corrupção passiva e, ainda, de outros delitos, tais como a lavagem de dinheiro, a depender da corrente adotada e das condutas realizadas.

A nosso sentir, a simples utilização do caixa dois, por si só, não configura o crime de corrupção, sem que fique demonstrada a vantagem (ou contrapartida) que o pagador teria com a doação irregular.

Acreditamos, pois, ser salutar a mudança proposta para a perfeita e clara criminalização do caixa dois eleitoral, consoante descrição minuciosa prevista no art. 350-A do Código Eleitoral. Seria importante, ainda, que no parágrafo único da redação sugerida também constasse, como no *caput*, o verbo "movimentar", na medida em que a movimentação de recursos à margem da contabilização oficial muitas vezes é realizada por terceiros estranhos à estrutura da campanha política e que também praticariam a conduta típica.

Por fim, importante se ter presente não ser possível se cogitar de anistia para os fatos pretéritos, como alguns parlamentares têm sustentado, tendo em vista que a atual legislação não contempla este delito. Soa a disparate se pleitear anistia de um crime inexistente.

Mesmo que assim não fosse, é certo que as condutas pretéritas obviamente não poderão ser punidas com base na nova lei, por força de vedação constitucional de retroatividade da lei penal (art. 5º, inciso XL, da CF).

Nestas condições, acreditamos que a proposta governamental preserva a democracia ao pretender punir severamente o candidato desleal que burla a regra do jogo eleitoral e gasta mais do que permitido, sem realizar a contabilização destes gastos, razão pela qual devemos apoiar o texto proposto para a criminalização do caixa dois eleitoral.

Comentários sobre as medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri

Eduardo Reale Ferrari

Uma das medidas propostas encaminhada pelo ministro Sergio Fernando Moro em seu Projeto de Lei Anticrime diz respeito à efetividade do Tribunal do Júri. Como é sabido, os crimes dolosos contra a vida seguem um rito especial, diferente do processo penal comum.

O procedimento do Júri é bifásico: instrução preliminar e julgamento em plenário. A primeira fase inicia-se com o recebimento da denúncia ou queixa, passando pela instrução processual e encerrando com a decisão de pronúncia irrecorrível.

Na referida decisão, o juiz de primeiro grau demarca os limites das acusações que serão feitas no plenário, sem, contudo, condenar previamente o réu ou contaminar os jurados, que são facilmente influenciáveis pelas decisões proferidas pelo juiz.

É justamente sobre a irrecorribilidade da decisão de pronúncia que o atual ministro da Justiça busca, a meu ver, de forma populista, aumentar a suposta efetividade do Tribunal do Júri.

Isso porque, pela legislação atual da decisão de pronúncia, cabe o recurso em sentido estrito, que visa reexaminar o ato decisório, de modo a propiciar um resultado que lhe seja mais vantajoso, notadamente pela alteração de seu conteúdo após reanálise do acervo fático-probatório, podendo haver a desclassificação de crime doloso para crime culposo – e o culposo não vai para Júri –; reversão da pronúncia em impronúncia ou mesmo absolvição primária, tudo devidamente fundamentada pelo colegiado de magistrados.

De extrema importância, assim, o efeito suspensivo que o recurso em sentido estrito possui quando do recurso à pronúncia, tendo em vista que não teria sentido o réu ser submetido ao julgamento do Plenário dos Jurados Leigos, quando ainda pendente o recurso no tribunal, que pode alterar por completo a própria autoridade dos jurados, por meio de reversão da decisão de pronúncia, com inclusive possibilidade de nem ida do caso ao Júri, caso o tribunal classifique a conduta apontada na pronúncia como culposa e não mais como dolosa.

Destaque-se que não são raras as vezes em que o julgamento do recurso da pronúncia por parte no Tribunal de Justiça tende a demorar mais tempo do que a realização do próprio Plenário do Júri, ocorrendo tal fato, principalmente, nos júris realizados em cidades pequenas do interior.

Por todos é sabido que a decisão de pronúncia é peculiar e facilmente poderá conter equívocos, sendo imprescindível a sua confirmação ou revisão pelo Tribunal dos Juízes de Carreira, sob pena de submeter o réu a julgamento pelo Júri, por conduta mais severa do que lhe é cabida.

Um exemplo que bem retrata tal situação é o acidente por veículo automotor, em que o motorista atropela e mata um pedestre.

A depender dos rumos da investigação e da fase de instrução, o juiz de carreira poderá concluir por homicídio doloso – hoje muitas vezes sinônimo de dolo eventual, ou mera assunção do risco, decidindo o juiz por pronunciar o réu, quando possível a reversão pelo Tribunal de Justiça entendendo ser caso de desclassificação da pronúncia por entender ser, o crime de trânsito, culposo.

A nosso ver kafkiano, se o projeto do Moro for aprovado, o réu poderá automaticamente ser levado a Júri e possivelmente será condenado pelos jurados, quando ainda pendente o julgamento de recurso à decisão de pronúncia no âmbito do próprio tribunal.

Imaginem se o recurso for provido e o tribunal determine que o julgamento seja por homicídio culposo! Como fica a prévia condenação dos jurados por crime doloso?

Patente assim a existência de um conflito de decisões em razão da inexistência do efeito suspensivo, já que o início da execução provisória da pena proposta por Moro ainda em primeira instância antecedeu a confirmação da própria decisão de pronúncia pelo tribunal.

A pressa nesse caso foi claramente inimiga da justiça. Caso aprovado o Projeto de Lei Anticrime, corre-se risco sério de o réu ser condenado pelo Tribunal do Júri, iniciar o cumprimento da pena e, depois do julgamento do recurso em sentido estrito, a decisão ser modificada, impronunciando-o, absolvendo ou desclassificando o crime para outro da competência do juízo singular.

Não bastasse tal gravidade derivada da ausência do efeito suspensivo da pronúncia, a medida acaba por ter efeito oposto à efetividade, uma vez que, com o cidadão submetido ao julgamento do Plenário e posteriormente absolvido ou mesmo tendo sua conduta desclassificada para culposa no tribunal, o Estado terá gasto tempo e recursos em algo que não cumpriu com o seu objetivo. Aumentar-se-ia ainda mais a morosidade do sistema judiciário, tendo em vista que poder-se-ia ter sido julgado pela competência correta e não açodadamente pelo Júri, quando não era o caso.

A proposta de forma inédita e desmedida de iniciar a execução provisória da pena em primeira instância é a prova de que o projeto do Moro, no âmbito dos crimes denominados urbanos, não dialogou com a sociedade, retomando a pronúncia com consequente prisão compulsória, dos idos do regime militar.

Note-se que não se está aqui a falar da polêmica questão do início de cumprimento da pena em segunda instância, mas o que é pior, agora, segundo o projeto de Moro, nos crimes dolosos contra a vida, em primeira instância, em que ainda não foi sequer encerrada a discussão sobre o mérito.

A falha é ainda maior quando se considera que o projeto permite a execução provisória da pena a partir da sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri, que, como se sabe, funda-se no veredito do Conselho de Sentença, órgão formado por leigos, cujas decisões são secretas e não motivadas.

O formato do Tribunal do Júri no Brasil é extremamente complexo, os jurados, além de leigos, tomam conhecimento das provas dos autos no dia do julgamento, a partir do trabalho que é feito pela acusação e pela defesa.

Privilegia-se o voto leigo ao voto do juiz de carreira, **suprimindo o segundo grau de jurisdição**, a gerar a prisão por uma condenação de primeira instância, sendo a regra a prisão, e não a liberdade.

Por fim, e não menos absurdo, constitui o fato de que o projeto de lei apresentado pelo ministro Moro determina que a apelação nos crimes de júri também não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuí-lo apenas quando verificar a ausência de subjetivo e perigoso "propósito protelatório" e a presença de **uma questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto**.

Esquece-se o projeto de que, mesmo após a condenação pelo Júri, não são raros os casos das revisões das penas pelo Tribunal de Justiça, o que pode acarretar inclusive consequências na mudança de regime, alterando-se por exemplo do regime fechado para o regime semiaberto, ou até do semiaberto para o regime aberto.

Bem disse o ministro Marco Aurélio de Mello ao analisar o projeto: "quem é que devolve a liberdade perdida ao cidadão inocente? Ninguém. Isso destrói a vida da pessoa, da família. E aí a responsabilidade é de quem? Antes 100 culpados soltos do que um único inocente preso". Os critérios escolhidos pelo ministro

Sergio Moro, com a devida vênia, visando a residual atribuição do efeito suspensivo da apelação no Júri, são completamente subjetivos, afetando, a meu ver, ainda mais a segurança jurídica no país, que já vê o legítimo e regular direito de defesa esvaziado ao longo do tempo, vez que afrontadas as garantias fundamentais, agora, para surpresa de todos, em primeira instância.

Com o devido respeito ao ministro, se o objetivo é combater a violência estrutural com pura repressão, estar-se-á enterrando o Direito e assinando o atestado do fracasso.

O que o atual ministro busca em seu Projeto de Lei Anticrime, a nosso ver, é atacar o acusado de homicídio ao invés de se atacar a real causa do problema: os motivos pelos quais se praticou o delito.

Além de não trabalhar com as instâncias informais de controle social, nada falando sobre valores, integração do cidadão e da polícia, o projeto ainda desvaloriza a prova científica, descrê no treinamento da polícia judiciária, nada falando o projeto sobre o investimento em políticas públicas de segurança na criminalidade urbana.

De acordo com Relatório do Mapa da Violência, Sistema Integrado de Informações Penitenciárias e Ministério da Justiça, apenas 5% das autorias homicidas são desvendadas no Brasil, principalmente em decorrência da fragilidade das provas, déficit de estrutura pericial e demora na investigação policial, sendo assustadora a cifra de que quase 60.000 pessoas são mortas por ano, devendo-se trabalhar também com prevenção, e não com pura repressão, fruto de um populismo perigosíssimo. Quanto a isso, nenhuma vírgula foi apresentada no projeto.

Como bem destaca o professor Oscar Vilhena, da Fundação Getulio Vargas, o encarceramento dessa forma gera a maior parceria público-privada já vista, vez que, ao prender descabidamente os mais carentes, o Judiciário estará fomentando, sem intenção, ainda mais os "eleitos" pelo crime organizado que norteiam as penitenciárias do país, fomentando uma promíscua relação público(Estado)-privada(crime organizado), tornando-os soldados da organização criminosa.

As novas propostas no projeto no que tange ao Júri, assim, parecem-me pregar que, culpando antecipadamente o acusado, resolvida estaria a problemática da criminalidade dos homicídios, esquecendo-se que, além de não trazer efetividade à norma, aumentará o índice carcerário com posterior, mas tardio, reconhecimento de equívoco da pronúncia.

Lembrando-me das palavras de Ruy Barbosa acerca da liberdade como regra, nunca esqueçamos "que a liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições".

Medidas para endurecer o cumprimento das penas

Renata Mariz de Oliveira

Dentre as alterações apresentadas no Projeto de Lei Anticrime estão **as medidas para endurecer o cumprimento das penas**.

Este item se inicia com a proposta para acrescentar os §§ 5º e 6º ao art. 33 do Código Penal, os quais determinam o **regime inicial fechado obrigatório** para os condenados pelos crimes de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e roubo.

No mesmo sentido, sugere a alteração do art. 59 do Código Penal, com o acréscimo do § 1º para que o juiz possa "**fixar período mínimo de cumprimento de pena no regime fechado ou semiaberto** antes da possibilidade de progressão".

Pela leitura do texto, resta claro que o objetivo das citadas alterações é que, em determinados casos, seja imposta ao julgador a aplicação do regime inicial fechado, independentemente das circunstâncias pessoais, do caso concreto e dos critérios estabelecidos em lei.

Ainda sobre o regime de cumprimento de pena, outra alteração sugerida no projeto é o acréscimo do § 9º no art. 2º da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), o qual prevê a proibição de progressão de regime de pena "se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo".

No que tange ao regime inicial fechado obrigatório, o Supremo Tribunal Federal, reafirmando seu entendimento, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1052700, de relatoria do ministro Edson Fachin, com repercussão geral, **reconheceu a inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena** com base exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos).

Vale ressaltar, ainda, a Súmula Vinculante nº 26, a qual dispõe:

> *Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*

Dessa forma, salvo melhor juízo, os temas trazidos pelo ministro Sergio Moro já foram debatidos e superados pela corte suprema, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

Isso porque estipular um regime inicial obrigatório viola o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. De acordo com este princípio, o regime inicial deve ser estabelecido respeitando-se as circunstâncias do caso concreto.

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal tratou de um dispositivo previsto na Lei de Crimes Hediondos. Tais crimes são entendidos como os que merecem maior reprovação por parte do Estado e, ainda assim, não são passíveis de início obrigatório de cumprimento de pena em regime fechado. Ora, se nem nas situações mais extremas é constitucional o início obrigatório de cumprimento de pena, muito menos razão assiste a sua aplicação aos crimes elencados na proposta apresentada, quais sejam: de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa e roubo.

O ministro Marco Aurélio, no seu voto proferido nos autos do HC nº 82.959, descreveu que:

> *o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosi-*

metria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

Ademais, a proibição de progressão de regime inserida no projeto também é inconstitucional. Tal medida, além de violar o princípio da legalidade, afeta diretamente a ampla defesa, além de inviabilizar a razão maior para a existência da progressão de regime, que é a ressocialização do preso que, em algum momento, voltará ao convívio social.

Já há na Lei de Execuções Penais os requisitos necessários para a progressão de regime e dentre eles estão os requisitos subjetivos que impõem um bom comportamento ao condenado – art. 112 da LEP.

Assim, não se justifica a proibição inserida, ainda mais de forma a inverter o ônus da prova para o acusado e possibilitar decisões arbitrárias.

Medidas para introduzir soluções negociadas, videoconferência e gravação de advogados

Antonio Ruiz Filho

Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade:

Mudanças no Código de Processo Penal:

Art. 28-A - Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:
I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e
V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.
§ 1º - Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.*
§ 2º - Não será admitida a proposta nos casos em que:
I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;
III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
IV - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.
§ 3º - O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.
§ 4º - Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.
§ 5º - Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.
§ 6º - Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.
§ 7º - O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º.
§ 8º - Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.
§ 9º - A vítima será intimada da homologação do acordo.

§ 10 - Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.
§ 11 - O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.
§ 12 - A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará [sic] *de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do § 2º.*
§ 13 - Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.
§ 14 - Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução. (NR) [...]

Art. 395-A - Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.
§ 1º - São requisitos do acordo de que trata o caput *deste artigo:*
I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;
II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e
III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.
§ 2º - As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.
§ 3º - Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.
§ 4º - Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.
§ 5º - Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.
§ 6º - Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.
§ 7º - O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.
§ 8º - Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.
§ 9º - Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.
§ 10 - No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.
§ 11 - A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal. (NR)

Entre as inovações que o projeto defende estão aquelas tendentes a estabelecer modalidades de justiça negociada na legislação processual penal. A esse propósito, falou-se muito do instituto alienígena *plea bargaining*, característico do *common law*, enquanto o nosso Direito advém da escola romano-germânica, apesar das influências que os tempos hodiernos impõem.

O que se apresenta aqui como uma novidade, atraindo o interesse daqueles que se influenciam pela aproximação com a legislação de países mais desenvolvidos, apesar das enormes distorções que se conhece nos sistemas legais que o aplicam – o que deveria desaconselhar a tentativa de mimetizá-los –, não é algo assim tão novo entre nós, haja vista que, se examinada de perto a proposta, percebe-se um parentesco próximo com institutos bem conhecidos e de vasta utilização na legislação criminal em vigor.

O denominado "acordo de não persecução penal" – **antes do oferecimento da denúncia** – parece ser modalidade estendida de transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995), ao passo que o "acordo penal para imediata aplicação das penas" – após o oferecimento da denúncia, mas antes de iniciada a instrução processual – contém características da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995), também com maior abrangência. Há quem defenda, por isso mesmo, que melhor seria modificar a lei especial, em vez de emendar a legislação codificada.

De todo modo, antes de enfrentar as características próprias às alterações legais sugeridas pela proposta, cabe lembrar que o *plea bargaining*, largamente e de há muito utilizado nos EUA, é palco de seríssimas distorções e injustiças, apesar de ser ínsito àquele sistema jurídico. Mas, não fora pelas formulações mais afeiçoadas ao *common law*, que destoam da nossa sistemática, fato é que, **naquele país, o júri popular é a regra e os acusadores são eleitos pela comunidade** – assim permitindo o controle social da atividade acusatória e de suas políticas para acordos criminais –, peculiaridades que não se pode desprezar, sob pena de incorrer em erro de interpretação sobre a possibilidade de implantar o *plea bargaining* no nosso Direito.

Destacam-se, entre os defeitos que estão disseminados na Justiça norte-americana – cuidando para não os introduzir aqui –, desproporção de condições para negociar entre acusadores e infratores, além do pernicioso ***overcharging***, prática de exagerar nas acusações para, mediante negociação, atingir resultados artificiosamente aumentados de condenação sem processo, conduzindo a que inocentes aceitem condenações indevidas para evitar a possibilidade de penas abusivamente altas. Não se crê que seja esse o intuito da proposta, mas são consequências que precisam estar no horizonte do legislador.

Ainda cabe ressaltar que o projeto, quando se trata de propor alternativas negociais para a Justiça criminal, **inclina-se no sentido de outorgar superpoderes ao Ministério Público**, de forma a permitir que a acusação delibere sobre a sorte dos infratores da lei penal, afastando o juiz de decisões importantes em alguns casos, noutros sequer permitindo o necessário controle judicial, relegando o juiz ao papel de mero homologador, o que afeta sensivelmente a necessária paridade de armas entre as partes (MP e investigado), provocando desaconselhável desproporcionalidade de forças para negociar.

Pelo novo art. 28-A do Código de Processo Penal, o Ministério Público **poderá** propor acordo, antes do oferecimento da denúncia, o que deveria ser reconhecido como direito subjetivo do investigado (para evitar favorecimentos e injustiças, além de garantir tratamento isonômico), se cumpridos os requisitos legais: confissão circunstanciada, de crime sem violência ou grave ameaça, com pena máxima inferior a quatro anos.

A exigência de "confissão circunstanciada", para além de ser conceito aberto, a permitir **inconveniente subjetivismo**, não se justifica neste caso, à falta de uma acusação formal e bem delineada sobre os efetivos contornos da infração penal, o que se alcança apenas com o oferecimento da denúncia.

Ademais, para a concretização do acordo, são impostas as seguintes condições: necessidade de renunciar a bens e direitos, **indicados pelo Ministério Público** (II); prestar serviços em local **a ser indicado pelo Ministério Público** (III); pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social **a ser indicada pelo Ministério Público** (IV); cumprir, por prazo determinado, outra **condição indicada pelo Ministério Público**; se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, **devolverá os autos ao Ministério Público** (**§ 5º**) (seria o caso de estabelecer procedimento aproximado ao art. 28 do CPP); a execução será iniciada **por atuação do Ministério Público**.

Mas, finalmente, se houver descumprimento das condições avençadas, **o Ministério Público deverá comunicar o juízo**, para fins de rescisão e posterior oferecimento de denúncia, **pelo Ministério Público** (**§ 10**), aqui, sim, no uso de sua atribuição funcional.

Sem perder de vista que a essa instituição incumbe promover a ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF), percebe-se, sem esforço algum, que **o Ministério Público, pelo que preconiza o projeto, ficará senhor absoluto do procedimento**, restando ao juiz homologar o acordo ou devolver os autos para reformulação da proposta, se consideradas inadequadas ou insuficientes as condições celebradas. Mesmo com essa ressalva, parece que **o investigado ficará totalmente à mercê da parte acusadora (por mais habilidosa que possa ser a sua defesa) sem a intermediação de um juiz**, reforçando-se, desse modo, a disparidade de forças que naturalmente tende a se estabelecer – objeto de fortes críticas nos países que adotam o sistema, a indicar que é necessário prevenir que esta deformação ocorra (para o caso de a proposta ser aprovada), pelo fortalecimento da posição da defesa e maior controle judicial sobre as negociações e acordos.

Por sua vez, a nova modalidade de suspensão condicional do processo, aqui apresentada sob a forma de "acordo penal" para a "aplicação imediata das penas" (art. 395-A do CPP), seria permitida sob os seguintes requisitos: (I) confissão circunstanciada (seria mais adequado exigir a confissão do quanto imputado na denúncia); (II) sugestão de pena privativa de liberdade **dentro dos parâmetros legais** (essa limitação é excepcionada pelo § 2º, sugerindo que não deva constar da lei); (III) manifestação das partes dispensando a produção de provas e renúncia a recursos.

Observe-se que o projeto, para o caso de acordo após o oferecimento da denúncia, **não estabeleceu o critério de limite de pena para autorizá-lo**, e nem impediu a celebração de acordos para infratores que já tiverem se beneficiado do dispositivo anteriormente, mesmo os que sejam reincidentes ou de "conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, casos em que o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas".

Obedecidos esses critérios, pelo § 2º do novo art. 395-A do Código de Processo Penal, as penas poderão ser reduzidas até a metade **ou** alterado o regime de pena (o texto deve autorizar a redução e a alteração do regime, suprimindo a conjunção "ou") ou promovida a substituição para pena restritiva de direitos, dentre outras condições como previsão de valor para reparação dos danos se houver vítima da infração (que neste caso, como sugestão, deverá ser chamada a participar do acordo, evitando que tenha de recorrer ao Judiciário para satisfazer seus danos, consoante prevê o § 5º do mesmo artigo).

No caso desse acordo após a denúncia, **o juiz poderá recusar-se à homologação do acordo se manifestamente ilegal ou desproporcional à infração ou por insuficiência de provas para condenação**, aqui, acertadamente, permitindo a redação proposta que se faça o necessário controle judicial da legalidade e pertinência do quanto avençado pelas partes (§ 7º do art. 395-A do CPP).

No caso do § 10 do art. 395-A proposto para o Código de Processo Penal (acusado reincidente), o projeto torna **obrigatório** o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, mas **não há parâmetro legal de fixação de tempo**, o que remete a arbitrariedades e a eventual falta de isonomia para casos similares.

Também seria o caso de excetuar as hipóteses já existentes de suspensão condicional do processo de competência dos Juizados Especiais, assim evitando sobreposição de possibilidades de acordo com o art. 89 da Lei nº 9.099/1995, na esteira do previsto para o novo art. 28-A, § 2º, inciso I, do Código de Processo Penal.

Verifica-se, em ambas as modalidades de acordo (antes ou depois do oferecimento da denúncia), que não há previsão para impedimento do juiz que participar ou tomar conhecimento da negociação quando esta não chegar a bom termo – e que poderá ter conhecido a denominada "confissão circunstanciada". Nos casos em que o negócio não for concretizado, obrigatoriamente, **haverá de atuar no curso da ação penal magistrado totalmente desvinculado da fase anterior que resultou infrutífera**, de modo a preservar a isenção no julgamento ao final da causa.

As dificuldades e senões são de tal ordem para a implantação de uma Justiça negociada com tal amplitude, e tamanha a gravidade dos problemas encontrados, que aconselham muita reflexão sobre o tema, consulta social e aos mais diversos segmentos dos operadores do Direito para debate aprofundado, haja vista a necessidade de aprimoramento dessa verdadeira guinada que o projeto visa a realizar no Direito Penal e Processual Penal, para assim procedendo não desarticular o sistema da Justiça criminal e nem incorrer nos mesmos defeitos de que se queixam os jurisdicionados de países do *common law*.

Medidas para alterar o regime de interrogatórios por videoconferência

Sobre videoconferências, apenas uma nota rápida. É fato que as mais avançadas técnicas de comunicação são uma marca do nosso tempo. Mas, também, é de se reconhecer que o contato pessoal do acusado e, mais ainda, do acusado preso com o juiz é insubstituível. Desprezar essa possibilidade, para **transformar os atos judiciais frequentemente transmitidos por aparelhos audiovisuais, imporá inúmeras desvantagens, especialmente na percepção de condições que escaparão ao magistrado**, o qual haverá de tomar decisões importantes, com menos elementos de convicção.

Também vale refletir que esse meio de transmissão à distância vai retirar parte expressiva da grande utilidade que têm as audiências de custódia, que se pode considerar entre as mais importantes inovações dos últimos anos em matéria de Justiça criminal.

Sobre esse tema, crucial definir a Justiça que queremos em nosso país: aquela que seja mais barata e funcional ou a que priorize os meios mais eficazes de se chegar ao melhor veredito.

Medidas para alterar o regime jurídico dos presídios federais: gravação de advogados (art. 3º, § 5º, da Lei nº 11.671/2008)

[...] § 5º - As gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada [...].

A proposta de mudança do art. 3º, § 5º, da Lei nº 11.671/2008, para gravar "atendimentos de advogados" ainda que por "decisão judicial fundamentada", é inadmissível nessa extensão.

A Lei nº 8.906/1994, que disciplina a atividade da advocacia no Brasil, estabelece as condições nas quais, excepcionalmente, o sigilo do advogado poderá ser quebrado, tendo como única hipótese a presença de indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte do profissional, assim mesmo com os cuidados que o mencionado dispositivo estabelece.

Assim, não basta que a decisão judicial seja fundamentada, mas **é imprescindível que existam elementos concretos de que o advogado a ser gravado terá abandonado os cânones da profissão para se tornar um agente do crime**. Fora disso, sem essas circunstâncias especialíssimas concretamente provadas, devassar a comunicação de advogado com o seu constituinte afeta gravemente o direto à defesa, que está entre as características mais essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito. É o quanto basta para ser afastada a inexequível limitação ao regular exercício da advocacia.

Escuta Ambiental

Paula Lima Hyppolito dos Santos Oliveira

No último dia 16 de fevereiro, o ministro da Justiça e Segurança, Sergio Moro, apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de lei que prevê a alteração de 14 leis em vigor, chamado de Projeto Anticrime.

Dentre as alterações levadas ao Congresso, está a inclusão de dois artigos na Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, para disciplinar a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, prevista no art. 3º, inciso II, da mencionada lei.

Confira-se a íntegra dos dispositivos a serem acrescentados:

Art. 21-A - A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos poderá ser autorizada pelo juiz a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público para investigação ou instrução criminal quando:
I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e
II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas.
§ 1º - O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.
§ 2º - A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, no período noturno ou por meio de operação policial disfarçada.
§ 3º - A captação ambiental não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.
§ 4º - A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada como prova de infração criminal quando demonstrada a integridade da gravação.
§ 5º - Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.
Art. 21-B - Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos sem autorização judicial.
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
§ 1º - Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.
§ 2º - Incorre na mesma pena quem descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou quem revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

Não há dúvidas de que a medida é salutar e vem em boa hora.

A captação ambiental já era prevista na antiga Lei de Organizações Criminosas, alterada pela Lei nº 10.217/2001, que acrescentou, em seu art. 2º, o inciso II, para possibilitar "em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas", "**a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial**".

Com a revogação da norma pela Lei nº 12.850/2013, a captação ambiental passou a ter previsão no inciso II do art. 3º, da seguinte forma, "em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de prova [...] **captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos**".

Percebe-se que a nova lei, embora tenha mantido a possibilidade de uso da captação ambiental, passou a ser mais lacônica que a anterior, retirou a necessidade de **circunstanciada autorização judicial** para sua implementação e permaneceu sem dar nenhuma baliza ao aplicador do Direito acerca de seu uso e delimitações.

Desse modo, a introdução em nossa legislação de dispositivos para regrar a captação ambiental é essencial e irá contribuir para as investigações envolvendo organizações criminosas.

De todo modo, alguns poucos apontamentos e sugestões devem ser feitos na redação das normas, para minimizar os efeitos que tamanha invasão na privacidade dos cidadãos em geral causa.

Nesse passo, sugere-se que, no *caput* do art. 21-A, seja acrescido que a captação ambiental poderá ser autorizada pelo juiz **em decisão fundamentada**, como pressupõe o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A necessidade de fundamentação da decisão que autoriza a captação ambiental é fundamental para resguardar o direito individual suprimido e ainda para evitar qualquer abuso no exercício do poder.

A respeito do indeclinável dever de fundamentar as decisões judiciais, o preclaro ministro Sepúlveda Pertence já proclamava:

> *A exigência indeclinável de motivação [...] já se tornou ponto consolidado da jurisprudência do Tribunal como pressuposto da validade da ordenação de diligências que importem restrição do gozo de direitos fundamentais, entre os quais se situa a inviolabilidade do domicílio e a proteção dos sigilos compreendidos na área da privacidade dos cidadãos*.[1]

Nas palavras do professor Antonio Magalhães Gomes Filho: "já que no processo penal discutem-se basicamente restrições à liberdade e à dignidade do indivíduo, deve ser sublinhada a relevância da motivação das decisões judiciais como garantia de efetividade dos direitos fundamentais".[2]

Nessa linha de ideias, sublinhe-se que a Lei nº 9.296/1996, que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas, de informática e telemática, prevê, em seu art. 5º, que "a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade", o que demonstra a necessidade da alteração.

De outro lado, não haverá qualquer prejuízo para as investigações a necessidade de se fundamentar a decisão que autoriza a captação ambiental.

A mesma inclusão deve ser feita no § 3º do art. 21-A, que passaria a ter a seguinte redação: "a captação ambiental não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por decisão judicial **fundamentada** por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada".

Outro ponto a ser comentado é a redação do inciso II, do mesmo artigo, que impõe como um dos requisitos da escuta ambiental a existência de elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais.

A definição de elementos probatórios razoáveis é muito vaga e difícil de ser alcançada. Determinar a implantação de aparato de captação ambiental com base apenas em elementos probatórios razoáveis é uma medida muito rasa, dando abertura ao cometimento de possíveis abusos por parte dos agentes públicos. Melhor seria se, a exemplo da Lei nº 9.296/1996 (Lei de Interceptação Telefônica), em seu art. 2º, inciso II, fosse utilizada a expressão "indícios razoáveis de autoria", a fim de garantir maior proteção ao direito à privacidade.

---

[1] HC 80.420, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 28/6/2001, trecho do voto do relator.
[2] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 91-92.

O conceito de indício está solidificado no art. 239 do CPP, segundo o qual: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

Segundo Fernando Capez, indício é: "toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral".[3]

Para Maria Tereza Rocha de Assis Moura, "indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado e suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de operação de raciocínio".[4]

Por fim, ainda que o art. 21-A disponha, em seu § 5º, que "aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática", trará mais segurança jurídica a inclusão de outras três previsões já constantes na Lei de Interceptação Telefônica.

A primeira delas diz respeito à necessidade de identificação do alvo da captação ambiental. Nos termos da Lei nº 9.296/1996: "deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados".

Ainda na linha do que já previsto para as interceptações telefônicas, considerando também o amplo alcance que uma captação ambiental pode possibilitar, é importante a previsão de exclusão daquilo que não disser respeito às investigações.

De maneira consolidada, eis as sugestões:

Projeto Anticrime	Sugestão
Art. 21-A. A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos poderá ser autorizada pelo juiz a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público para investigação ou instrução criminal quando:	Art. 21-A. A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos poderá ser autorizada pelo juiz, **mediante decisão fundamentada**, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público para investigação ou instrução criminal quando:
Art. 21-A [...] § 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.	Art. 21-A [...] § 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por decisão judicial **fundamentada** por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

[3] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 1998. p. 286.
[4] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 36.